قاعدة: "الجــواز الشرعي ينافي الضمان" وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون

محمد محمود أحمد طلافحة *

تاريخ وصول البحث: 2006/1/3م تاريخ قبول البحث: 2006/7/10م

ملخص

يتناول هذا البحث دراسة للقاعدة الفقهية: "الجواز الشرعي ينافي الضمان"، وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون، وذلك من حيث بيان معناها، وتأصيلها الشرعي، ومفهومه ا في القانون، وعرض تطبيقاتها في الفقه الإسلامي, والقانون, ومستثنياتها.

ويخلُص البحث إلى أنّ القاعدة الفقهية: " الجواز الشرعي ينافي الضمان" يعمل بمقتضاها وفـق شروط معينة في الفقه الإسلامي والقانون، وذلك فيما إذا استعمل المكلف حقّه على الوجه المأذون فيه شرعا، وهذا مجال إعمال القاعدة من غير تعسُّف أو مجاوزة في فعل غير مشروع.

Abstract

This paper deals with the Islamic legislative rule: "Legal Permission contradicts warrantee" and its application in islamic legislation.

The paper concludes that this rule is applicable as far as it complies with certain islamic legislation and provided that it is used within the limiks permitted by islamic sharia.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد،،

فإنّ علم القواعد الفقهية من العلوم التي نوّه بفضله، وعظيم فائدته، عدد كبير من العلماء والفقهاء- القدامى والمعاصرين-، فهو يمثل مرحلة هامة من مراحل تطور وتنظيم الفقه الإسلامي، ويجسّد العقلية الفقهية القادرة على التأصيل والتطبيق، ويهيئ لأهل القانون الاطلاع على هذا التراث الفقهي.

إنّ موضوع "قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان" يحتل أهمية كبرى، ومنزلة رفيعة بين سائر القواعد الفقهية في باب المعاملات، وبالأخص المتعلقة بإتلاف الأشياء؛ إذ هي القاعدة الوحيدة التي يبرز فيها انتفاء الضمان نظرا للجواز الشرعي السابق له؛فهي بذلك تعتبر قسيما للقواعد الفقهية الأخرى في موضوع الضمان الموجبة له.

وأمّا أسباب اختيار هذ ه القاعدة فهي محاولة للوقوف على حدود الجواز الشرعي الوارد فيها، وتأصيلها الشرعي، وإبراز الجانب التطبيقي لها في الفقه والقانون.

أولاً: أهمية الموضوع وسبب اختياره:

ثانياً: الدراسات السابقة:

إنّ الراجع إلى كتب القواعد الفقهية عموما يجد هذه القاعدة مذكورة فيها، نحو: مجلة الأحكام العدلية، وشروحها، حيث اكتفت بذكر معناها، وبعض تطبيقاتها.

وانّ الراجع أيضا إلى من كتب في الضمان في الفقه الإسلامي يجد من أفرد هذه القاعدة بالبحث، نحو:

* أستاذ مساعد، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة، جامعة اليرموك.

نظرية الضمان في الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي، وموانع الضمان في الفقه الإسلامي (أطروحة دكتوراه) للباحث محمد العموش، حيث ذكرت هذه القاعدة من بين القواعد الفقهي ة المتعلقة بموضو ع الضمان، واكتفي ببيان معناها، وموانع الضمان فيها فقط.

ولم أجد من أفرد هذ ه القاعدة بالبحث والدراسة الشمولية لها تأصيلا وتطبيقا، وهذا ما تسعى إليه هذه الدراسة- بمشيئة الله تعالى-.

ثالثاً: منهج البحث:

سلكت المنهج العلمي القائم على الاستقراء والتحليل والاستنباط في عرض عناصر هذه القاعدة، وقد لاحظت في كتابتي الأساسيات الآتية:

1. الرجوع إلى المعاجم اللغوية والاصطلاحية للتعريف بالمصطلحات.
2. عزو الآيات القرآنية الواردة في البحث إلى القرآن الكريم.
3. تخريج الأحاديث النبوية بالرجوع إلى كتب الحديث الأصلية والحكم عليها صحة وضعفا.

رابعاً: خطة البحث:

اشتملت خطة دراسة الموضوع على تمهيد، وأربعة مباحث، وخاتمة وذلك على النحو التالي:

تمهيد : معنى القاعدة الفقهية.

المبحث الأول : مفهوم القاعدة ومعناها الإجمالي.

المبحث الثاني : التأصيل الشرعي للقاعدة.

المبحث الثالث : مفهوم القاعدة في القانون.

المبحث الرابع : التطبيقات الفقهية والقانونية للقاعدة ومستثنياتها.

الخاتمة: وتتضمن خلاصة لأهم النتائج التي تم التوصل إليها. وبعد،

فهذا ما وفقني الله تعالى- جلّت قدرته- إليه، فإن أصبت فمن توفيق الله تعالى لي وجزيل فضله علي، وإن أخطأت أو قصرت فإثبات لنقص بشريتي، والله تعالى ورسوله بريئان منه، وأستغفر الله العظيم وأتوب إليه.

هذا وبالله التوفيق، والحمد لله رب العالمين

تمهيد: معنى القاعدة الفقهية:

أولاً: المعنى اللغوي للقاعدة الفقهية.

القاعدة الفقهية مركب وصفي يتكوّن من القاعدة والفقه، أبدأ أولاً ببيان المعنى اللغوي للقاعدة، وبعد ذلك بيان المعنى اللغوي للفقه، وبعد تحدي المعنى اللغوي للقاعدة والفقه، كل منهما على حدة، أذكر المعنى اللغوي للقاعدة - باعتباره مركبّاً وصفياً-.

القاعدة في اللغة: هي الأصل والأساس -على وزن فاعلة- من الفعل: قعد، يقعد، قعوداً، وجمعها قواعد، والقواعد: الأساس، وقواعد البيت: أساسه [(1)]. وبهذا المعنى ورد قول الله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾[127: البقرة]، وقال تعالى: ﴿فَأَتَى اللّهُ بُنْيَانَهُم مِّنَ الْقَوَاعِدِ ﴾[26: النحل] فالقاعدة في هاتين الآيتين الكريمتين بمعنى الأساس، وهو ما يرفع عليه البنيان، فهي أساس الشيء وأصوله، حسّياً: كما مرَّ، أو معنوياً: كقواعد الدين أي أسسه وأصوله.

والفقه في اللغة: هو الفهْم والعِلَم، يُقال: فَقِه أي فَهِمَ، وكل علمٍ لشيء فهو فقه، وفقُه: إذا صار الفقه له سجيّة والفقه على لسان حملة الشرع علم خاص[(2)].

وبناءً على ما سبق فإنّ المعنى اللغوي للقاعدة الفقهيّة، باعتبارها -مركباً وصفياً- هو الأصل والأساس الذي يبني عليه فهم دقيق لشيء ما.

ثانياً: المعنى الاصطلاحي للقاعدة الفقهية:

جرياً على ما تمّ عرضه آنفاً، فإنّ المعنى الاصطلاحي للقاعدة الفقهية يقتضي بيان معنى القاعدة اصطلاحاً، ثم معنى الفقه اصطلاحاً، ثم معنى القاعدة الفقهية اصطلاحاً باعتبارها مركباً وصفياً.

القاعدة في الاصطلاح: وردت عدة تعريفات للقاعدة في الاصطلاح العام، أذكر منها التعريفين الآتيين:

1. فقد عرّفت بأنّها (قضية كليّة منطبقة على جميع جزئياتها)[3].
2. وعرّفت أيضاً بأنها: (قضية كليّة من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها)[4].

والفقه في الاصطلاح: خُصَّ بعلم الشريعة، حيث نُقِل عن أبي حنيفة –رحمه الله– أنه قال: "الفقه معرفة النفس ما لها وما عليها"[5] ثمّ لمّا استقرّ علم الفقه عُرِّف بأنه: "العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلته التفصيلية"[6].

وأمَّا المعنى الاصطلاحي للقاعدة الفقهية باعتبارها مركباً وصفياً – فقد عرَّفها الشيخ مصطفى الزرقا– رحمه الله– بأنها (أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها)[7]، وأضاف– رحمه الله–: (بأنه يسمى أمثالها اليوم في الاصطلاح القانوني: مبادئ، جمع مبدأ Principel)[8].

وعرّفت أيضاً بأنها: (حكم كلي مستند إلى دليل شرعي، مصوغ صياغة تجريدية محكمة، منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد أو الأغلبيّة)[9].

المبحث الأول: مفهوم القاعدة ومعناها الإجمالي

يتضمن هذا المبحث بيان مفردات القاعدة، والمعنى الإجمالي لها، وذلك في المطلبين التاليين:

المطلب الأول : معنى مفردات القاعدة.

المطلب الثاني : المعنى الإجمالي للقــاعدة في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: معنى مفردات القاعدة

اشتمل نصّ هذه القاعدة على المفردات الآتية:

أولاً: معنى الجواز لغةً واصطلاحاً.

1. معنى الجواز لغةً: يقول ابن فارس في "معجم مقاييس اللغة": (الجيم والواو والزاء أصلان: أحدهما قطع الشيء، والآخر وسط الشي، فأما الوسط فجوز كل شيء وسطه... والأصل الآخر جُزْتُ الموَضعِ: سِرتُ فيه، وأجزته: نفذتُه)[10].

فالجواز: هو مصدر الفعل الثلاثي "جاز"، وأصله (جَوَزَ)، يقال: جاز الموضع والطريق جَوَازاً (بفتح الجيم)، وجوازاً (بالكسر) : سار فيه، وسلكه، وخلّفَه، ومنه أعانَك الله على إجازة الصراط، وجُزْتُ الموضعَ أجوزُه جَوازاً: سلكته وسرتُ فيه، وجاوزت الموضع جوازاً: بمعنى جزته؛ أي سلكته وسرتُ فيه[11].

2. معنى الجواز اصطلاحاً.

تناول الأصوليون والفقهاء بيان معنى الجواز، أبدأ أولاً ببيان معنى الجواز عند الأصوليين: فقد عرّف بأنه: "التخيير بين الفعل والترك والتساوي بينهما بتسوية الشرع"[12] فالجواز وفق التعريف السابق يطلق على المباح[13] وعرّف أيضاً بأنه: "ما لا يمتنع شرعاً"[14].

فالجواز وفق التعريف السابق يطلق على ما هو أعم من المباح فيشمل غير الممتنع شرعاً (المباح، والواجب، والمندوب، والمكروه)[15].

وعرّف أيضاً بأنه: تخيير المكلّف بين الفعل والترك، دون أن يكون فيأيٍّ منهما ثواب أو عقاب[16].

وهذا التعريف أيضاً يؤكد مضمون التعريف الأول في إطلاق الجواز على المباح.

وعرّف الفقهاء الجواز، فقدّ عرّف الإمام الزركشي (رحمه الله تعالى) الجواز، فقال: (الجواز يطلق في ألسنة حملة الشريعة على أمور:

أحدها: على رفع الحرج أعم من أن يكون واجباً أو مندوباً أو مكروهاً.

الثاني: على مستوى الطرفين وهو التخيير بين الفعل والترك.

الثالث: على ما ليس بلازم وهو اصطلاح الفقهاء في العقود فيقولون: الوكالة والشركة والقراض عقد جائز ويعنون به ما للعاقد فسخه بكل حال إلاّ أن يؤول إلى اللزوم)[17]، وعرّف الجواز أيضاً بأنه: (ما لا يمنع عن الفعل والترك شرعاً)[18].

وعرّف أبو البقاء الكفوي الجائز في كتابه: (الكليات) فقال: (الجائز: هو المحسوس المعتبر الذي ظهر نفاذه في حق الحكم الموضوع له مع الأمن عن الذم والإثم شرعاً) [19] ثم بيّن أن الجائز يطلق على خمسة معانٍ بالاشتراك:

1. المباح.
2. وما لا يمتنع شرعاً مباحاً كان أو واجباً أو مندوباً أو مكروهاً.
3. وما لا يمتنع عقلاً واجباً أو راجحاً أو متساوي الطرفين أو مرجوحاً.
4. وما استوى الأمران فيه شرعاً كالمباح أو عقلاً كفعل الصبي.
5. وما يشك فيه شرعاً أو عقلاً، والمشكوك أما بمعنى استواء الطرفين، أو بمعنى عدم الامتناع[20].

وبناءً على ما سبق : فالذي يعنينا من المعاني السابقة للجواز، والذي يناسب معنى القاعدة- وفق ما سنبينه فيما بعد- هو: المباح، وكما لا يخفى الجائز هو ما لا عقاب على فعله[21].

ثانياً: معنى الشرعي لغةً واصطلاحاً.

[1] معنى الشرعي لغةً.

هو اسم منسوب إلى الشرع، يقول ابن فارس: (الشين والراء والعين أصل واحد، وهو شيء يُفتح في امتداد يكون فيه، من ذلك الشريعة: و هي مورد الشاربة الماء واشتق من ذلك الشّرْعة في الدّين، والشريعة، قال الله تعالى: ﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً﴾[48: المائدة]، وقال سبحانه: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا﴾[18: الجاثية])[22].

فالشرعة والشريعة في كلام العرب: هي مَشْرَعة الماء وهي مَوْرِد الشاربة التي يشرعها الناس فيشربون منها ويستقون [23] وسميت الشريعة بهذا الاسم تشبيهاً بشريعة الماء، بحيث إنَّ من شرع فيها على الحقيقة المصدوقة روى وتطهّر، والشريعة: الظاهر المستقيم من المذاهب[24].

[2] معنى الشرعي اصطلاحاً.

لا يخرج المعنى الاصطلاحي للشرع عن معناه اللغوي، فالشرعي: اسم منصوب الى الشرع، حيث جاء في كتاب التعريفات للجرجاني، في هذا الشأن، ما نصُّه: (الشرع في اللغة: عبارة عن البيان والإظهار، يقال: شرع الله كذا: أي جعله طريقاً ومذهباً) [25] والشريعة: ما شرع الله تعالى لعباده من الدين[26].

ووضّح ذلك الزبيدي في تاج العروس فقال: (والشرع: نهج الطريق الواضح، يقال: شرعت له طريقاً مصدر، ثم جعل اسماً للطريق النهج، ثم استعير للطريقة الإلهية من الدين)[27].

ثالثاً: معنى ينافي لغةً واصطلاحاً.

1. معنى ينافي لغةً: هو مضارع الفعل (نفي)، جاء في (الصّحاح) للجوهري ما نصه (نفاه: طرده، تقول: نفيته فانتفى، ونفي هو أيضاً، وتقول: هذا يُنافي ذاك وهما يتنافيان، والنِفْوة بالكسر والنِفْية: كل ما نفيَت)[28]. فالنفي: هو الطرد، وهذا ينافي ذاك، أي لا يجتمعان[29]. ونفى الشيء ينفي نفياً: أي نحَّى، وانتفى: أي تساقط[30].

2. معنى ينافي اصطلاحاً: لا يخرج المعنى الاصطلاحي للمنافاة عن المعنى اللغوي الذي تمّ بيانه آنفاً فالإباحة تنحّي وتدفع الضمان جانباً[31]، وقريب من هذا اللفظ المناقضة إذ تعني إبطال أحد الشيئين بالآخر[32]. فالجواز (المباح) إذا ما استعمله المكلف يبطل الضمان، ويمنع المؤاخذة، وسيأتي بمشيئة الله تعالى بيان وجه المنافاة في القاعدة وأقسامها وحقيقتها،

وتحديد أثر هذه المنافاة على الضمان، وذلك في المطلب القادم" المعنى الإجمالي للقاعدة".

رابعاً: معنى الضمان لغةً واصطلاحاً.

1. معنـــى الضّمان لغةً : الضمان في اللغة يطلق على ثلاثة معانٍ وهي:

الأول: الكفالة: يقول ابن فارس: (ضمِن: الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في الشيء يحويه، من ذلك قولهم ضمّنت [الشيء] إذا جعلته في وعائه، والكفالة تسمى ضماناً من هذا؛ لأنه كأنه إذا ضمنه فقد استوعب ذمته)[33] وجاء في الصحاح للجوهري:(ضمنتُ الشيء ضماناً: كفلتُ به، وأنا ضامن وضمين) [34]، والضمين: الكفيل الضامن، والضمن والضمان: واحد[35].

والثاني: الالتزام: يُقال: ضمنت المال: أي التزمته، ويتعدّى بالتضعيف، فيقال: ضمّنته المال: أي ألزمته إياه[36].

والثالث: الغرامة والتغريم: يقال: ضمّنته الشيء تضمنياً فتضمنه عني إذا غرّمتُه[37].

2. معنى الضمان اصطلاحاً: الضمان في اصطلاح الفقهاء يُطلق على معنيين[38].

الأول: الكفالة حيث عرّف الضمان وفق هذا المعنى عند الفقهاء بعدّة تعريفات أذكر منها الآتية:

عند الحنفية: (ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة) [39]. وعند المالكية: (شغل ذمة أخرى بالحق)[40]، وجاء أيضاً عندهم قولهم: (الضمان والكفالة والحمالة أسماء معناها واحد، فمن قال: أنا كفيل بمالك على فلان، أو أنا حميل، أو زعيم، فهو ضامن)[41]. وعند الشافعية: (التزام ما في ذمة الغير من المال) [42]. وعند الحنابلة:(هو ضم ذّمة الضامن إلى ذَمة المضمون عنه في التزام الحق)[43].

والثاني: الالتزام والغرامة: وعرّف ا لضمان وفق هذا المعنى عند الفقهاء أيضاً بعدّة تعريفات، أذكرُ منها الآتية:

1) عرّفه الغزالي بقوله: (واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة)[44].
2) وعرّفه ابن نجيم بقوله: (ضمان المثليات بالمثل لا بالقيمة، والقيميات بالقيمة لا بالثمن)[45].
3) وعرّفه الشوكاني بقوله: (عبارة عن غرامة التالف) [46].
4) وعرّفه مصطفى الزرقا بقوله: (الالتزام بتعويض مالي عن ضرر للغير)[47].
5) وعرّفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (416) ما نصّه (إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميّات)[48].

والذي يعنينا من المعنيي ن السابقين في نطاق القاعدة، وموقع الضمان المقصود في البحث هو المعنى الثاني الالتزام بالتعويض والغرامة تعويضاً عن ضرر غيره، وهو ما يُسمى بالمسؤولية المدنية المترتبة على التعدي على أملاك الغير بالغصب، أو الإتلاف، أو التعييب أو التقصير بالحفظ.

المطلب الثاني : المعنى الإجمالي للقاعدة في الفقه الإسلامي.

تضمّن المطلب السا بق معاني المفردات التي يتكون منها نصّ القاعدة ، وسأحاول في هذا المطلب بيان المعنى الإجمالي للقاعدة، وذلك بناءً على تلك الدراسة، من خلال تجميع معاني تلك المفردات، وتوظيفها في القاعدة.

أولاً: إذا ترتب على الفعل المباح (وهذا هو المقصود بالجواز الشرعي) فعلاً كان أو تركاً، ضرر للآخرين، لا يضمن الضرر، وهذا الجواز ليس مطلقاً ، بل مقيد بشروط (نذكرها فيما بعد في مطلب شروط إعمال القاعدة)؛ وذلك لأن تسويغ الشارع ذلك الفعل أو الترك يقتضي رفع المسؤولية[49].

ثانياً: إنّ لفظ (الشرعي) هو وصف اللفظ الذي قبله وهو (الجواز) حيث يترتب عليهما انتفاء الضمان [50]، أو موانع الضمان [51]، أو الإعفاء من الضمان [52]، وكلها مسميات لاسم واحد وهو عدم التضمين إذ لا اعتداء فلا يترتب الضمان، وهذا يعتبر لب القاعدة وروحها وجوهرها ، وأمّا بيان وجه المنافاة في القاعدة، وأقسامها، وحقيقتها، وتحديد أثر هذه المنافاة على الضمان، فنقول: المنافاة في القاعدة هي إحدى الأحوال الآتية: أحوال الدفاع، وحال الضرورة، وفي حال تنفيذ أمر الرئيس، وفي حال إذن المالك، وفي حال إذن ولي الأمر [53] فهذه الأحوال تشكل أقسام وحقيقة المنافاة، وفيما يلي تحديد أثر هذه الأحوال على الضمان.

ففي الحالة الأولى: أحوال الدفاع ومثال ذلك: دفع الصائل وأحكامه في الفقه الإسلامي ، وذلك ضمن الضوابط التي نص عليها الفقهاء، فلا ضمان على الدافع إذا ترتب على الدفع موت الصائل، وبه قال جمهور الفقهاء[54].

وفي الحالة الثانية: حال الضرورة ومثال ذلك: (إذا حالت بهيمة إنسان بين شخص جائع وطعامه في بيت، ولم يستطع الوصول إليه إلا بقتلها فلا يضمن قتلها عند الشافعية في الأصح؛ لأنّه مضطر إلى قتلها للوصول إلى طعامه فانتفى الضمان للضرورة)[55].

وفي الحالة الثالثة: تنفيذ أمر الرئيس ويشترط لانتفاء الضمان عن المأمور وثبوته على الآمر ما يلي:

1. أن يكون المأمور به جائز الفعل فلو لم يكن جائزاً فعله ضمن الفاعل لا الآمر فلو أمره بتخريق ثوب ثالث ضمن المخرّق لا الآمر[56].

2. أن تكون للآمر ولاية على المأمور فإن لم تكن له ولاية عليه، وأمره بأخذ مال غيره، فأخذه ضمن الآخذ لا الآمر، لعدم الولاية عليه أصلا، جاء في جامع الفصولين في هذا الشأن ما نصه: (أمره بأخذ مال الغير ضمن الآخذ لا الآمر إذ الأمر لم يصح، وفي كل موضع لم يصح الأمر لم يضمن الآمر)[57].

في الحالة الرابعة: حالة تنفيذ إذن المالك وغيره. جاء في مجمع الضمانات: (وإن ضرب المعلم بإذن الوالد لا يضمن المعلم) [58] فالضرب للتأديب جائز، ولكنه مشروط بالسلامة (على ما سيأتي)، إلا أنه إذا كان بإذن والده فلا يشترط ذلك؛ لانّ المعلم نفّذ أمر والد تلميذه.

المبحث الثاني: التأصيل الشرعي للقاعدة

وفيه المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول: دليل القاعدة.

المطلب الثاني: أهمية القاعدة.

المطلب الثالث: شروط إعمال القاعدة

المطلب الأوَّل: دليل القاعدة

وردت مشروعية الضمان في نصوص كثيرة من القرآن الكريم والسنة النبوية، فمن الآيات القرآنية: قول الله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾[194: البقرة]، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ﴾[126: النحل]، وقوله تعالى: ﴿وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾[40: الشورى].

وجه الدلالة: صدر الآية الأولى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى﴾ والاعتداء هو التجاوز، وكذا ﴿عُوقِبْتُم﴾ و﴿سَيِّئَةٍ﴾ حيث توجب الآيات الكريمة في ضمان العدوان على المال المثلي بمثله ما دام قائما، فإذا تعذّر ذلك ضمن قيمته، والقيمي يضمن بقيمته ابتداء لتعذر المماثلة[59] والآيات السابقة عامة في ضمان جميع الأشياء، يقول الإمام القرطبي في نقله عن العلماء: (وهذا عموم في جميع الأشياء كلها) [60].

فيستدل للقاعدة بمفهوم المخالفة لوجه الدلالة من الآيات الكريمة، والمتضمن أنَّ من يستعمل حقّه ويمارسه

على الوجه المأذون فيه شرعا لا يكون بذلك معتدياً أو مسيئاً، وبالتالي ينتفي الضمان[61].

ومن السنة النبوية : "عن أنس قال: أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إلى النبي ﷺ طعاماً في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي ﷺ: (طعام بطعام، وإناء بإناء)[62].

وقال رسول الله ﷺ: "على اليد ما أخذت حتى تؤدّي"[63]، وقال رسول الله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"[64].

وجه الدلالة: يدل الحديث الأول على أن الضمان مشروع عند إتلاف الإنسان مال غيره[65] فالمثلي يضمن متلفه مثله، وقيمته إن عدم المثل، ولا خلاف بين العلماء في تضمين المثل في المطعومات والمشروبات والموزونات (أي في الأموال المثلية)[66].

ويدل الحديث الثاني على أنّ الغصب عدوان محض وهو سبب للضمان، وذلك في حالة أخذ مال الغير بدون حق[67].

ويدل الحديث الثالث على حرمة إيقاع الضرر بالآخرين حتى انّ الإمام ابن رجب في شرحه للحديث قال: (أن لا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير، فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه)[68].

وبناء على ما سبق : فالآيات الكريمة والأحاديث النبوية السابقة التي ذكرناها دالة على أن الضمان مشروع في الإسلام عند إتلاف الإنسان مال غيره، أو أخذه بدون حق، أو إذا استعمل حق بقصد الأضرار، فإذا ما استعمل حقه وفق الغاية التي يريدها الشارع منه فلا ضمان ، وبعبارة أخرى ، إذا وجد الاعتداء وترتب الضرر وجب الضمان، وإذا لم يوجد الاعتداء لم يترتب الضمان، والاعتداء لا يتحقق مع الجواز الشرعي فحيثما وجد الجواز انتفى الاعتداء فانتفى الضمان لانتفائه[69] وفقاً لمفهوم المخالفة للآيات والأحاديث التي تضافرت على الاعتداد بهذه القاعدة، وتأكد اعتبارها ومراعاتها في ميادين العمل والتطبيق.

المطلب الثاني:أهمية القاعدة

يمكن إبراز أهمية القاعدة بالنقاط الآتية:

أولاً: تعتبر هذه القاعدة من القواعد الفقهية المهمة في نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، فكل ضرر ناتج عن عمل جائز شرعاً فلا يمنع ، ولا يجب التعويض، اذ يوصف الفعل بأنه جائز ومشروع، وبناء على ذلك لا يجب على فاعله ضمان [70]، وقد سبق بيان ذلك في الأحوال التي تم عرضها في المطلب الثاني من المبحث الأول.

ثانياً: تبرز أهمية هذه القاعدة أيضاً من خلال كثرة الفروع الواردة تخريجاً عليها في مختلف أبواب المعاملات المالية من عقود بيع، وإجارة، وشركة، ونحوها، وسائر التصرفات التي يقوم بها المكان والتي ينتج فيها إذن الشارع ونحوه[71] ومن هذه الفروع:

1. (من وضع في طريق لا يملكه شيئاً، فتلف به شيء ضمن، ولو زال ذلك الشيء إلى موضع آخر ، فتلف به شيء، برئ واضعه)[72].
2. (قعد في الطريق للبيع فتلف به شيء برئ لو قعد بإذن السلطان، وإلا ضمن)[73].
3. لو ألقى قشراً في الطريق فزلقت به دابة ضمن، إذا لم يؤذن فيه، ومن فعل فعلاً لم يؤذن فيه ضمن ما تولد منه[74].

ثالثاً: وتأتي أهمية هذه القاعدة من بين القواعد الفقهية المتعلقة بموضوع الضمان من حيث إنها القاعدة الوحيدة التي يبرز فيها انتفاء الضمان نظراً للجواز الشرعي السابق له، وهذا يقودنا إلى اعتبار هذه القاعدة ميزاناً تكال به أفعال المكلفين، فلا يؤاخذ بمقتضاها المكلف فيما إذا استعمل حقه وفق الغاية التي وجد من أجلها، فهي بذلك تعتبر قسيماً للقواعد الفقهية الأخرى في موضوع الضمان الموجبة له[75].

المطلب الثالث: شروط إعمال القاعدة

إنَّ قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) يعمل بمقتضاها وفق شروط معينة ويمكن حصرها في شرطين[76]، هما:

الشرط الأول: أن لا يكون الأمر الجائز شرعاً مقيداً بشرط السلامة.

الشرط الثاني: أن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه

وفيما يلي توضيح هذين الشرطين بالتعليل والأمثلة:

الشرط الأول: أن لا يكون الأمر الجائز شرعاً مقيداً بشرط السلامة نصّ على هذا الشرط فقهاء الحنفية (رحمهم الله تعالى) في مصادرهم [77]، فجذور القاعدة وصياغتها على هذا النحو حنفية، بدلالة التنصيص عليها في مجلة الأحكام العدلية، إذ جاء في المادة (91): (الجواز الشرعي ينافي الضمان)[78].

فقد جاء في الهداية ما نصُّه: (والأصل أنَّ المرور في طريق المسلمين مُباح مقيّد بشرط السلامة؛ لأنه يتصرّف في حقه من وجه، وفي حق غيره من وجه؛ لكونه مشتركاً بين كل الناس، فقلنا بالإباحة مقيداً بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين، ثم إنما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرُّز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح)[79].

وجاء في حاشية ابن عابدين ما نصُّه: (والأصل أنَّ الواجب لا يتقيدً بوصف السلامة والمباح يتقيد به، ومنه (أي: المباح) ضرب الأب ابنه تأديباً أو الام، أو الوصي، ومن الأول (أي: الواجب) ضرب الأب أو الوصي أو المعلم بإذن الأب تعليماً فمات لا ضمان، فضرب التأديب مقيّد ؛ لأنه مباح وضرب التعليم لا، لأنه واجب ومحله في الضرب المعتاد وأما غيره فموجب للضمان في الكلَّ)[80].

وبإنعام النظر في النصيّن السابقين نلاحظ اشتراط فقهاء الحنفية شرط السلامة في الأمر الجائز شرعاً، لا الواجب شرعاً، وذلك فيما يمكن الاحتراز منه، ودون تعدًّ أو تقصير.

ونص فقهاء الشافعية على مضمون هذه القاعدة، بصيغة أخرى عبّر عنها العلامة بدر الدين الزركشي الشافعي بقوله: (المتولد من مأذون فيه لا أثر له بخلاف المتولّد من منهي عنه)[81] ، وقد نصّ على هذا الشرط في حالة أن لا يكون المأذون فيه مشروطاً بسلامة العاقبة مثل ضرب المعلم الصبي [82]، ومن أمثلة ذلك عندهم[83].

- لو اقتصّ من الجاني، أو قطع في السرقة فسرى إلى النفس فلا ضمان.
- لو تطيب قبل الإحرام فسرى إلى موضع آخر بعد الإحرام، فلا كفارة فيما تولد منه[84].

الشرط الثاني: (أن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه؛ وذلك لأن الضمان يستدعي سبق التعدّي، والجواز الشرعي يأبى وجوده، فتنافيا [85]

وحكمة اشتراط هذا الشرط: (ليخرج المضطر لأكل طعام الغير فإنه يضمن قيمته.. . وليخرج ما لو هدم دار جاره وقت الحرق لمنع سريان الحريق بغير إذن ولي الأمر، وبغير إذن صاحبها ، فإنه يجوز له ذلك ويضمن قيمتها معرضة للحريق. ..، لأنه فعل ذلك الهدم لاجل نفسه)[86].

وبناء على هذا الشرط : فالمضطر يضمن قيمة طعام الغير إذا أكل لدفع الهلاك عن نفسه مع أنَّ أكل ه جائز، فهذا الجواز مقيد شرعاً بحفظ حقوق الغير [87]، فتجويز الفعل شرعاً لا يمنع من ضمانه في حالة خاصة وهي حالة الضرورة، وفقاً لمنطوق قاعدة: "الاضطرار لا يبطل حق الغير"[88].

وتأسيساً على الشرطين السابقين اللذين إذا لم يتوفرا في تصرفات المكلف، فإنّ عليه الضمان، وتأكيداً لذلك

يقول الشيخ مصطفى الزرقا (رحمه الله تعالى): (وعليه كان ينبغي أن يقال في القاعدة: "الجواز الشرعي المطلق ينافي الضمان")[89].

ويقول الدكتور عبد الستار أبو غدة في هذا الشأن أيضاً: (الجواز الشرعي المطلق عن أي قيد "عدا عدم التقصير والتعدّي")[90].

المبحث الثالث: مفهوم القاعدة في القانون

نصّ القانون المدني الأردني على هذه القاعدة في المادة (61) فقال: (الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقّه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر)[91].

وقد وضع القانون هذه المادة تحت موضوع "نطاق استعمال الحق"، حيث تعني هذه القاعدة عند أهل القانون عدم المسؤولية عن الأضرار التي قد تنشأ عن الاستعمال المشروع للحق [92]، ثم حدَّد القانون المدني في المادة (66) معايير إساءة استعمال الحق؛ وذلك وفقاً لكون الجواز في استعمال الحق غير مطلق، فإذا تعسّف صاحبه، فإنه يُسأل عن ضمان الأضرار التي يلحقها بالغير[93].

فقد جاء في المادة (66) ما نصّه:

"1- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع.

2- ويكون استعمال الحق غير مشروع.

أ- إذا توفر قصد التعدّي.

ب- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.

ج- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيبه الغير من الضرر.

د- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة [94]".

وبناءً على ما سبق: فإن مفهوم القاعدة في القانون المدني الأردني يوازي مفهوم القاعدة في الفقه الإسلامي حيث يرى أن الجواز غير مطلق، بل مقيد بعدم التعسّف فيه، وهذا هو الملاحظ على من كتب في هذه القاعدة من أهل القانون، حيث تناولوا بيانها من خلال حديثهم عن التعسّف في استعمال الحق، باعتبار أن معايير التعسّف هي ضوابط الجواز، فالحق عندهم غير مطلق[95].

وفيما يلي بيان معايير التعسُّف الواردة في المادة (66)، والتي يذكرها أهل القانون عادة، باعتبارها ضوابط لقاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) الواردة في المادة (61)، وتأصيلها فقهياً بالتوضيح والتمثيل من مصادر الفقه الإسلامي باعتبارها مأخوذة منها.

فالمعيار الأول معيار ذاتي (شخصي) وهو توجيه الإرادة نحو غاية الإضرار بالآخرين حتى لا تتوفر فيه نيّة أخرى سوى الإضرار [96]، فإذا قصد الإنسان من استعمال حقه الإضرار لا المصلحة المنشودة، كان استعماله تعسّفاً في هذه الحالة [97] وقد عبّرت الفقرة الثانية من المادة (66) عن هذا المعيار، ما نصّه (يكون استعمال الحق غير مشـــروع إذا توفر قصد التعدّي).

وأدلة هذا المعيار ثابتة حرمته بنصوص القرآن الكريم، والسنة النبوية، أكتفي بذكر نص واحد لكل منهما:

قال الله تعالى: ﴿... مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللّهِ وَاللّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾[12: النساء].

وجه الدلالة من الآية الكريمة: تدل هذه الآية على أنَّ الوصية في ذاتها مشروعة، ولكنها ليست مطلقة، يتصرف فيها الموصي كيف يشاء، فالآية صريحة في النهي عن المضارّة في الوصيّة[98].

وقال ﷺ: "إنما الأعمال بالنيّات وإنما لكل امرئ ما نوى..."[99].

وجه الدلالة من الحديث الشريف : يدل هذا الحديث على أن الحكم الشرعي بالحل أو الحرمة يكيف وفق نية الإنسان، فإذا كانت نيّته إيقاع الضرر بالغير، فهذا ممنوع وحرام شرعاً، ومفاد هذا المعيار قائم على هذا المضمون[100].

وكذا إذا قصد الشخص من استعمال حقه تحقيق غرض غير مشروع لا يتفق مع المصلحة المقصودة من الحق، فقصد هذا الشخص مضاد لقصد الشارع من التشريع، ومناقضة قصد الشارع عيناً باطلة ، فيكون باطلا بالضرورة كل ما أدّى إلى ذلك[101].

ومن الأمثلة على ذلك: قاعدة (الحيل)، وحقيقتها كما يبينها الإمام الشاطبي هي: (تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر)[102]، وحكمها: تعتبر حراماً، من حيث مآل العمل فيها نقض لقواعد الشريعة في الواقع، كالواهب ماله قرب نهاية الحول فراراً من الزكاة، ولو نظرنا إلى أصل الهبة، فهو الجواز ، ولكن ناقض قصد الشارع من تشريعه للهبة على أساس التصدُّق والعطف على الفقراء وذلك لإسقاط الزكاة تطبيقاً لقصده غير المشروع[103]، وهذا ما جـــاء في الفقرة (2/ ب): (إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة).

والمعيار الثاني هو معيار مادي (موضوعي) ويقصد به: مدى التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع، وما يترتب على ذلك من مفسدة ووسيلة ذلك الموازنة[104]، ومثال ذلك: تفاهة المصلحة وذلك من خلال تحقيق مصلحة تافهة أو ضئيلة لا تتناسب مطلقاً مع ما يلزم عن الاستعمال من ضرر[105] وهذا ما جاء في الفقرة (2/ ج) من المادة(66) (إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يُصيبه الغير من الضرر).

وكذلك إذا استعمل الإنسان حقّه على نحو غير معتاد في عرف الناس، ثم ترتب عليه ضرر للغير، كان متعسفاً، كرفع صوت المذياع للجيران والتأذي به، واستئجار دار ثم ترك الماء في جدرانها وقتاً طويلاً[106] وهذا ما جاء في الفقرة (2/ د) من المادة (66): (إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة).

وبناء على ما سبق: تبين مفهوم القاعدة عند أهل القانون من خلال نصّ المادتين السابقتين (61) و(66) نطاق استعمال الحق في (الجواز الشرعي ينافي الضمان)، ومعاييره الضابطة له، كي لا يكون التعسُّف، وتم تأصيل ذلك فقهياً كونها مستمدة من مصادر الفقه الإسلامي.

فمفهوم القاعدة عند أهل القانون موازٍ لما قاله الفقهاء السابقون في معنى القاعدة، حيث تم تقنين ذلك في مجلة الأحكام العدلية في المادة (91): (الجواز الشرعي ينافي الضمان).

وفي المادتين السابقتين (61، 66) من القانون المدني الأردني.

المبحث الرابع: التطبيقات الفقهية والقانونية للقاعدة ومستثنياتها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التطبيقات الفقهية للقاعدة.

المطلب الثاني: التطبيقات القانونية للقاعدة.

المطلب الثالث: مستثنيات القاعدة.

المطلب الأول: التطبيقات الفقهية للقاعدة.

بعد بيان معنى القاعدة، وتأصيلها الشرعي عقدت هذا المطلب لبيان النماذج التطبيقية التي أوردها الفقهاء؛ لتزداد صورتها وضوحاً، وفيما يلي بيان هذه النماذج، وهي على سبيل المثال لا على سبيل الحصر.

أولاً: لو حفر إنسان في ملكة الخاص حفرة، فتردّى فيها حيوان لغيره فلا يضمنه؛ لأن حفره هذا جائز، والجواز ينافي الضمان، ومعلوم أنّ تصرّف الإنسان في ملكه الخاص غير مقيد بشرط سلامة الآخرين[107].

ثانياً: إذا باع الوكيل بما قلَّ أو كثر صحّ بيعه؛ لأن التوكل بالبيع مطلق فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة، ويصح أيضاً أخذ الوكيل رهناً وكفيلاً بالثمن، فلا ضمان عليه إن ضاع الرهن في يده، أو هلك المال الذي على الكفيل ؛ لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان(108).

ثالثاً: إذا أباح شخص لآخر شيئاً من طعامه فل يس له أن يطالبه بقيمته بعد ذلك وذلك لإباحته له إياه، والإباحة تدخل في نطاق الجواز، والجواز ينافي الضمان(109).

رابعاً: إذا ترتب على فتح محل تجاري كساد تجارة المحل الآخر، فلا ضمان؛ لأنّ الجواز الشرعي ينافي الضمان(110).

خامسا: (لو أنفق الملتقط على اللقطة بأمر القاضي ليرجع بما أنفق على صاحبها، ثم طلبها ربها فمنعها منه ليأخذ النفقة، فهلكت بعد منعه لا يضمن ولا تسقط النفقة، وذلك لأن كل ما ذكر جائز للملتقط فعله والجواز الشرعي ينافي الضمان)(111).

سادساً: تصرفات المضارب في مال المضاربة في كل ما جرت به عادة التجار وصار عرفاً غالباً بينهم، كالشراء، والبيع، والتوكيل، والاستئجار ونحوها، فهذه التصرفات لا يضمنها المضارب في حالة حصول التلف؛ لأن الجواز ينافي الضمان(112).

سابعاً: (من حدّة الإمام أو عزره فمات فدمه هدر؛ لأنه فعل ما فعل بأمر الشرع وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة)(113).

ثامناً: يضمن الطبيب إذا كان تصرفه الطبي لم يلحظ فيه القيود الشرعية كحفظ حق الغير (بحصول الإذن أو التحرز من مضاعفات يمكن التوخي منها؛ لأن تجويز الشرع لهذه التصرفات مقيد بشرط السلامة فيما يمكن التحرر منه، فالإجراء الطبي وفق المعتاد إذا أدى لتلف غير مقدور على التحرز منه، فلا يضمن الطبيب؛ لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان)(114).

تاسعاً: العدول عن الخطبة بذاته غير موجب للتعويض؛ لأن العدول أمر جائ ز شرعاً، والجواز الشرعي ينافي الضمان، ما لم يتعسّف فيه؛ وذلك إذا اقترن بالعدول أضرار مادية أو معنوية، فيكون عندئذ خارجاً عن موضوع القاعدة، ويدخل في التعسف في استعمال الحق(115).

عاشراً: (السير في ملك نفسه (أي: الراكب) مباح مطلق، والسير في طريق المسلمين مأذون بشرط السلامة فما تولد من سير تلف مما يمكن الاحتراز عنه فهو مضمون، وما لا يمكن الاحتراز عنه فليس بمضمون إذ لو جعلناه مضموناً لصار ممنوعاً عن السير وهو مأذون)(116).

وبإنعام النظر في هذا المثال نلحظ أن القاعدة يشترط في إعمالها قيد السلامة (وقد سبق بيانه آنفا)، وليس نطاق الإباحة فيها مطلقاً، فضلاً عن قيد الاحتراز في الجواز.

المطلب الثاني: التطبيقات القانونية للقاعدة.

وردت تطبيقات قانونية عدّة لقاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" في المبادئ القانونية لمحكمتي التمييز والعدل العليا في المملكة الأردنية الهاشمية، ومن هذه التطبيقات:

أولاً: إذا سمح المدعي للمدعى عليه بحفر بئر ارتــوازي في أرضه، فإنّ مطالبته له بأجر مثل الجزء الذي استعمل لأغراض الحفر وبتعويض ما لحق هذا الجزء من ضرر لا تكــون قائمـــة على أســـاس، وذلك وفقاً لقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان(117).

ثانياً: إنَّ حق اللجوء للقضاء رخصة ممنوحة للمواطنين، ولا يترتب على استعمال هذه الرخصة تعويض للخصم عمّا لحقه من ضرر في حالة خسران

الدعوى إلاّ إذا استعملت هذه الرخصة بسوء نية وبقصد الكيد والتعدي، وذلك وفقاً للمادة (101) من الدستور حيث تنصّ على أن المحاكم مفتوحة للجميع، ووفقاً أيضاً للقاعدة المقررة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان"، فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر(118).

ثالثاً: للجنة إدارة بنك الأردن والخليج حجز أموال مديني البنك لدى طرف ثالث عملاً بالفقرتين (ج، د) من المادة الأولى من قرار لجنة الأمن الاقتصادي رقم (19) لسنة 1989م، لذا فإنها لا تضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر عملاً بالمادة (61) من القانون المدني التي قضت بانّ الجواز الشرعي ينافي الضمان طالما أنّ لجنة إدارة البنك استعملت حقها القانوني في الحجز ولم تستعمله بسوء نية وبقصد التعدّي(119).

المطلب الثالث : مستثنيات القاعدة في الفقه والقانون.

الفرع الأول: مستثنيات القاعدة في الفقه الإسلامي

استثنى الفقهاء من هذه القاعدة مسائل عدّة، أذكر منها المسائل الآتية:

أولاً: المضطر يجوز له أن يأكل مال الغير مع أنه ضامن له(120).

ويمكن الجواب على هذا الاستثناء بما ذكرته في المطلب الموسوم بـــ(شروط إعمال القاعدة) حيث يشترط في إعمالها أن لا يكون في المباح إتلاف للآخرين، وإلاّ كان مضموناً فيضمن ما يتلفه من مال غيره ؛ ولذلك يظهر أنّ هذه المسألة ليست مستثـــناة من هذه القاعدة؛ وذلك لعدم تحقق الشرط السابق في إعمال القاعدة، فـــهي تدخـــل في نطـــاق قاعدة أخرى وهي: "الاضطرار لا يبطل حق الغير"(121).

ثانياً: لو تصدّق الملتقط باللقطة، فجاء بها بعد ذلك، فله تضمين الملتقط أو الفقير الذي يتصدق بهعليه إذا هلكت اللقطة أو استهلكت، وإلا فله استردادها مع أن تصرف الملتقط مستند إلى إذن الشارع(122) حيث قال ﷺ: "من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل وليحفظ عفاصها ووكاءها، فإن جاء صاحبها فلا يكتم وهو أحق بها، وإن لم يجيء صاحبها فهو مال الله تعالى يؤتيه من يشاء(123).

ويمكن اعتبار هذه المسألة خارجة عن نطاق هذه القاعدة، وبالتالي لا تعتبر من قبيل الاستثناء الوارد عليها؛ لأن وجود الضمان فيها كان مقابل أخذ مال الغير بالباطل، وهذا محرّم شرعاً(124).

وتأسيساً على ذلك: أخلص إلى القول الذي علّق به الشيخ مصطفى الزرقا (رحمه الله تعالى) على هذه المستثنيات وأمثالها بقوله: (وبهذا التخريج تقلّ (بل وتنعدم)(125) مستثنيات هذه القاعدة فإنّ الشرّاح يعدون هذين الفرعين، وامثالهما من مستثنياتها) (126) ويقصد بمصطلح (هذا التخريج): ذكر شروط تطبيق القاعدة، وبمصطلح (هذين الفرعين): المثالين الواردين على شروطها الأمر الذي يترتب على تطبيق الشروط انعدام المستثنيات لها.

الفرع الثاني: مستثنيات القاعدة في القانون.

استثنى أهل القانون من هذه القاعدة وقائع عدة، أذكر منها الواقعة الآتية وحكمها القضائي.

الضرر اللاحق بالمدعية من إخلال المدّعى عليه بعقد الزواج الذي كان يربطهما (كمسيحيين) وطلاقه لها بعد اعتناقه الإسلام، هو من نوع الضرر الأدبي الناشيء عن عوامل اجتماعية ودينية، وإنّ استعمال الزوج المسلم لحقه الشرعي في تطليق زوجته المسيحية لا يعفيه من ضمان الضرر الذي لحق بها من جراء هذا الفعل، بالرغم من أنه استعمل حقه(127).

وبالنظر في هذه الواقعة وحكمها القضائي، باعتبارها استثناءً وارداً على قاعدة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان" فإنّ هذه القاعدة، بشروطها وضوابطها السابقة عند أهل القانون لا تنطبق على هذه الواقعة القضائية؛ لأن القاعدة لا تطّبق في الحالة التي يستعمل

فيها الشخص حقه الشرعي استعمالا لا يتعارض مع الالتزامات التي ترتبت عليه بمقتضى عقد الزواج السابق الذي يجعل رابطة زواج المسيحية رابطة أبدّية، وبما أنّ الزوجة المسيحية التي طلقت، قد حرمت بعد الطلاق من إعالة زوجها لها والإنفاق عليها، كما أنه لحق بها ضرر أدبي من جراء هذا الطلاق فإنها تستحق التعويض عن الضرر المادي والأدبي معاً(128).

والحقيقة أن هذا الاستثناء وأمثاله الذي يورد على هذه القاعدة، هو خارج عنها، لانعدام توفر شروطها فيه، وعندئذ يكون خارجاً عنها، والله تعالى أعلم.

الخاتمة:

الحمد لله حمداً كثيراً مباركاً فيه، الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبعد فإنيّ رأيت أن أجعل خاتمة هذا البحث خلاصة لأهم النتائج التي تم التوصل إليها، وذلك في النقاط الآتية:

أولاً: إنّ الشرع حينما أباح للمكلف الشيء، فعلاً كان أو تركاً، فإذا استعمله المكلف على الوجه المأذون فيه شرعا، فلا يكون مسؤولاً عما يترتب على ذلك من ضرر؛ لأنّ تسويغ الشارع ذلك الفعل أو الترك يقتضي رفع المسؤولية عنه، وإلا لم يكن جائزاً وهذا هو المعنى الإجمالي للقاعدة.

ثانياً: إن مجال إعمال القاعدة في غير مجال التعسف وذلك إذا كان التصرف في الحق على الوجه الذي يحقق غايته دون انحراف أو مجاوزة، فمن غير المتصور أن يفضي إلى إضرار بأحد، وأما موضوع التعسف فيحكم العوارض الطارئة على ممارسة الحق، وكذا التجاوز موقعه إذا لم يكن الفعل مشروعاً.

ثالثا: يعمل بمقتضى القاعدة وفق شرطين هما: أن لا يكون الأمر الجائز شرعاً مقيداً بشرط السلامة، وان لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه، وبمقتضى هذين الشرطين تكاد تنعدم المستثنيات الواردة على هذه القاعدة.

رابعا: أورد الفقهاء تطبيقات عديدة للقاعدة، حيث يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية؛ وذلك وفقا لشروط إعمالها عندهم.

خامسا: أورد أهل القانون تطبيقات للقاعدة وفقا للمادة (61) والمادة (66) من القانون المدني الأردني، حيث اعتبروا معايير التعسف الواردة في المادة (66) بمثابة الضوابط للمباح الوارد في المادة (61).

الهوامش:

---

(1) جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور (توفي سنة 711هـ/ 1311م)، لسان العرب، بيروت، دار صادر، ج3، ص361، محمد مرتضي الحسيني الزبيدي (توفي سنة 1205هـ/1790م)، تاج العروس، تحقيق الترزي ورفاقه، الكويت، وزارة الإعلام، 1975م، ج 9، ص 60. أبو السعادات مبارك بن محمد بن الأثير (توفي سنة 606هـ/ 1265م)، النهاية في غريب الحديث والأثر، بيروت، دار الفكر، 1979م، ج4، ص86، أبو القاسم الحسين بن محمد الراغب الأصفهاني (توفي سنة 502هـ)، المفردات في غريب القرآن، تحقيق محمد سيد كيلاني، بيروت، دار المعرفة، ص409.

(2) أحمد بن محمد بن علي الفيومي (توفي سنة 770هـ/1368م)، المصباح المنير، بيروت، مكتبة لبنان، 1987م، ص182.

(3) علي بن محمد الجرجاني (توفي سنة 816هـ/ 1413م)، التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، بيروت، دار الكتاب العربي، 1405هـ، (ط 1)، ص219.

(4) أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي (توفي سنة 1094هـ/1683م)، الكليات، بيروت، الرسالة،

1992م، (ط1)، ص48.

(5) عبد الله بن مسعود البخاري، التوضيح شرح التنقيح بحاشية التلويح، بيروت، دار الكتب العلمية، 1984م، ج1، ص10.

(6) المصدر السابق، ج1، ص12.

(7) مصطفى بن أحمد الزرقا (توفي سنة 1418هـ/ 1999م)، المدخل الفقهي العام، دمشق، دار الفكر، 1968م، (ط بلا)، ج2، ص947.

(8) المصدر السابق، الصفحة نفسها.

(9) محمد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، بيروت، دار ابن حزم، 2000م، (ط1)، ص53.

(10) أبو الحسين احمد بن فارس بن زكريا (توفي سنة 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، بيروت، دار الفكر، 1979م، ج1، ص494.

(11) إسماعيل بن حمّاد الجوهري (توفي سنة 400هـ)، الصحاح، بيروت، دار العلم للملايين، 1979م، (ط2)، ص 87 وما بعدها، ابن منظور، لسان العرب، ج 5، ص 326، الزبيدي، تاج العروس، ج15، ص75 وما بعدها.

(12) أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (توفي سنة 505هـ)، المستصفى، تحقيق محمد عبد السلام، بيروت، دار الكتب العلمية، 1413هـ، (ط 1)، ص59.

(13) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

(14) محمد أمين المعروف بأمير بادشاه، تيسير التحرير، مكة المكرمة، دار الباز، ج2، ص225.

(15) محب الله بن عبدالمشكور (توفي سنة 1119هـ)، مسلم الثبوت شرح فواتح الرحموت، (مطبوع بها مش المستصفى)، ج2، ص103-104.

(16) قطب مصطفى سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه، دمشق، دار الفكر، (2002م)، اعادة ط1، ص163.

(17) بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي (794هـ/ 1392م)، المنثور في القواعد، تحقيق: د. تيسير فائق، الكويت، وزارة الأوقاف، 1405هـ (ط2)، ج2، ص7.

(18) محمد عميم الإحسان البركتي، قواعد الفقه، الصدف ببلشرز، كراتشي، 1986م، (ط 1)، ص245.

(19) الكفوي، الكليات، ص34.

(20) المصدر نفسه، ص341.

(21) الغزالي، المستصفى، ص59.

(22) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج3، ص262.

(23) الجوهري، الصحاح، ج 3، ص 1236، ابن منظور، لسان العرب، ج8، ص175، ومابعدها.

(24) الزبيدي، تاج العروس، ج21، ص259 ومابعدها.

(25) الجرجاني، التعريفات، ص167.

(26) الجوهري، الصحاح، ج3، ص1236.

(27) الزبيدي، تاج العروس، ج21، ص269.

(28) الجوهري، الصحاح، ج6، ص2513 وما بعدها.

(29) محمد بن أبي بكر الرازي (توفي سنة 721هـ/ 1321م)، مختار الصحاح، عمان، دار عمار، 1998م، (ط2)، ص329.

(30) إسماعيل بن عباد (توفي سنة 385هـ)، المحيط في اللغة، تحقيق: محمد حسن ال ياسين، بيروت عالم الكتب، 1994 (ط1)، ج3، ص399، وما بعدها.

(31) محمد صدقي البورنو، الوجيز في ا إيضا ح قواعد الفقه الكلية، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1998م، (ط5)، ص362.

(32) الجرجاني، التعريفات، ص298 بتصرف يسير.

(33) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج3، ص372.

(34) الجوهري، الصحاح، ج6، ص2155.
(35) ابن عباد، المحيط في اللغة، ج8، ص27.
(36) الفيومي، المصباح المنير، ص138.
(37) محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (توفي سنة 817هـ/1414م)، القاموس المحيط، بيروت مؤسسة الرسالة، ص1465.
(38) سليمان محمد احمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، القاهرة، مطبعة السعادة (ط1)، 1985م، ص29، ص 30، محمد محمود العموش، موانع الضمان في الفقه الإسلامي (أطروحة دكتوراه غير منشورة)، ص14.
(39) عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي (توفي سنة 683هـ)، الاختيار لتعليل المختار، بيروت، دار المعرفة (ط3)، 1975م، ج2، ص166.
(40) أحمد بن محمد العدوي (توفي سنة 1201هـ/ 1786م)، الشرح الكبير، تحقيق محمد عليش، بيروت، دار إحياء الكتب العربية، ج3، ص329.
(41) يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري (توفي سنة 463هـ)، الكافي في الفقه على مذهب أهل المدينة، تحقيق محمود احمد القيسية، أبو ظبي، مؤسسة النداء (ط1)، 2004م، ج2، ص173.
(42) شهاب الدين احمد بن احمد قليوبي(توفي سنة1070هـ/1659م) وأبو العباس شهاب الدين احمد الملقب بعميرة (957هـ) حاشيتا قليوبي وعميره على شرح المحلي على المنهاج، بيروت، دار إحياء الكتب العربية، ج2، ص403.
(43) موفق الدين عبد الله بن احمد بن قدامة (توفي سنة 620هـ/1223م)، المغني، بيروت، دار الفكر، مطبوع معه (الشرح الكبير لشمس الدين عبد الرحمن قدامة)، ج5، ص70.
(44) أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (توفي سنة 505هـ)، الوجيز، القاهرة، مطبعة المؤيد، 1317هـ، ج1، ص28.
(45) محمد أمين بن عابدين (ت 1252هـ/ 1836م) حاشية رد المحتار على الدر المختار، بيروت، دار الفكر، 1386هـ، (ط2)، ج4، ص516.
(46) محمد بن علي الشوكاني (توفي سنة 1834/1250م)، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، بيروت، دار الجيل، 1973م، ج1، ص41.
(47) مصطفى بن أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دمشق، ج2، ص1032.
(48) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، بيروت دار الجيل، ج1، ص448.
(49) أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (توفي سنة 1375هـ/1938م)، شرح القواعد الفقهية، دمشق، دار القلم 1989م، (ط 2)، ص 449، مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص1032.
(50) لجنة الموسوعة الفقهية، الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤو ن الإسلامية، الكويت، 1993م (ط1)، ج28، ص294.
(51) محمد محمود العموش، موانع الضمان في الفقه الإسلامي (أطروحة دكتوراه في الجامعة الأردنية 2005م).
(52) سليمان احمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، ص298−347.
(53) محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، الكويت، دار التراث، 1983م (ط1)، ص195.
(54) علاء الدين بن مسعود الكاساني (توفي سنة 587هـ/1191م)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتاب العربي، 1982م

(ط2)، ج7، ص93، محمد عبدالرحمن الحطاب (توفي سنة 954هـ)، مواهب الجليل، بيروت، دار الفكر، 1398هـ (ط2)، ج6، ص323، الشربيني، مغني المحتاج، ج، ص196 ومابعدها، عبدالله بن قدامة المقدسي (توفي سنة 620هـ/ 1223م)، الكافي في فقه ابن حنبل، بيروت، 1988م، (ط5)، ج4، ص44.

(55) النووي، روضة الطالبين، ج 7، ص 391، العموش، موانع الضمان، ص246.

(56) محمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماونة (توفي سنة 1300هـ)، جامع الفصولين، المطبعة الكبرى، بولاق مصر، 1301هـ، (ط 1)، ج 2، ص78، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 28، ص295.

(57) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

(58) أبو محمد غانم بن محمد البغدادي (توفي سنة 1030هـ/1618م)، مجمع الضمانات، دراسة وتحقيق: أ.د. محمد سراح و أ.د علي جمعة، القاهرة، دار السلام، 1999م (ط 1)، ج 1، ص384.

(59) محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، بيروت، دار النهضة العربية، 1981م، ص336.

(60) أبو عبد الله محمد بن احمد بن أبي بكر القرطبي (توفي سنة 671هـ/1272م)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق أحمد عبد العليم، القاهرة، دار الشعب، 1372هـ، (ط2)، ج2، ص357.

(61) فتحي الدريني، الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب، دمشق، منشورات جامعة دمشق، 1992م، (ط3)، ص695.

(62) محمد بن عيسى الترمذي (توفي سنة 279هـ/ 909م) الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، كتاب الأحكام رقم (13)، باب (23)، ما جاء فمن يُكسر له الشيء ما يحكم له من مال الكاسر حديث رقم (1363)، قال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح، بيروت ، دار إحياء التراث العربي 1995م، ج3، ص640، 641.

(63) الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع، رقم (12)، باب(39) ما جاء في أن العارية مؤداة حيث رقم (1269)، قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح، ج30، ص566.

(64) محمد بن يزيد القزويني بن ماجه، توفي سنة 275هـ / 888م، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام, باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم (2332)، دار الفكر وقال النووي عنه: حديث حسن، وله طرق يقوي بعضها بعضا، انظر سليمان الباجي، المنتقى شرح الموطأ، دار الكتاب الإسلامي، ج6، ص40.

(65) سليمان، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، ص38.

(66) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج2، ص358.

(67) أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (توفي سنة 505هـ)، الوسيط، تحقيق: أحمد محمود ومحمد محمد، القاهرة، دار السلام، 1417هـ (ط1)، ج3، ص381.

(68) عبد الرحمن بن احمد بن رجب (توفي سنة 795هـ)، جامع العلوم والحكم، بيروت، دار المعرفة، 1408هـ، (ط1)، ج1، ص304.

(69) أحمد الحجي الكردي، ا لمدخل الفقهي "القواعد الكلية"، دمشق، دار المعارف1980م، ص110.

(70) سليمان احمد، ضمان المتلفات، ص298.

(71) لجنة الموسوعة الفقهية، الموسوعة الفقهية، ج28، ص289.

(72) ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، ج 2، ص88.
(73) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.
(74) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.
(75) الدريني، الفقه الإسلامي المقارن، ص 695 بتصرف.
(76) أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 449، إبراهيم محمد الحريري، المدخل إلى القواعد الفقهية الكلية، عمان، دار عمار، 1998م(ط1)، ص51.
(77) محمد بن أبي سهل السرخسي (توفي سنة 490هـ/1096م)، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، 1406هـ، ج9، ص65، الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص213.
(78) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص93.
(79) علي بن أبي بكر المرغيناني (توفي سنة 593هـ)، الهداية شرح البداية، بيروت، المكتبة الإسلامية، ج4، ص197 وما بعدها
(80) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 6، ص565، وما بعدها.
(81) الزركشي، المنثور، ج3، ص163، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (توفي سنة 911هـ)، الأشباه والنظائر، بيروت، دار الكتب العلمية، 1403هـ، (ط1)، ص141.
(82) المصدران السابقان، الصفحات نفسها.
(83) المصدران السابقان، الصفحات نفسها.
(84) يحيى بن شرف النووي (توفي سنة 676هـ)، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، ج2، ص71.
(85) أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص449.
(86) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.
(87) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2، ص1032.
(88) أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص213.
(89) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2، ص1032.
(90) عبد الستار أبو غدة، المبادئ الشرعية للتطبيب والعلاج، مقال منشور على شبكة الإنترنت، موقع إسلام ست–الأخلاقيات الطبية.
(91) القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م، المملكة الأردنية الهاشمية، 2004م، المادة (61).
(92) لجنة القانون المدني الأردني، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، عمان، نقابة المحامين، المكتب الفني، مطبعة التوفيق، ج1، ص80.
(93) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، عمان، دار الثقافة، 2005م (ط1)، ص324 وما بعدها، عدنان السرحان، نوري خاطر، شرح القانون المدني الأردني مصادرا لحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة، 1997م، ص403.
(94) القانون المدني الأردني، المادة (66).
(95) أنور سلطان، مصادر الالتزام، ص 325، عدنان السرحان وزميله، شرح القانون المدني الأردني، ص403.
(96) عبير ربحي القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية (رسالة ماجستير غير منشورة)، عمان، الجامعة الأردنية، 1996م، ص29.
(97) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر، 1997م، (ط1)، ج4، ص2866.
(98) محمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1998م، ص285.

(99) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوحي، باب بدء الوحي، حديث رقم (1) (ابن حجر العسقلاني فتح الباري شرح صحيح البخاري، بيروت، دار المعرفة، 1379هـ، ، ج1، ص12).

(100) عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، بيروت مؤسسة الرسالة، 2003م، (ط2)، ص77.

(101) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته،4ج ص2867.

(102) ابراهيم بن موسى الشاطبي(توفي سنة 792هـ)، الموافقات في أصول الشريعة، بيروت، دار المعرفة، 1997م، (ط3)، ج4، ص558.

(103) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

(104) فتحي الدريني، نظرية التعســف في استعــمال الحق في الفقه الإسلامي، عمان، دار البشير، 1998م، (ط 2)، ص 225، عبير القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ص34.

(105) مصطفى الزرقا، صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون اسلامي، عمان، دار البشير، 1983م (ط1)، ص37.

(106) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص2869.

(107) سليم رستم باز، شرح المجلة، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1986م (ط 3) ص 59، 60، البورنو، الوجيز، ص362، الزحيلي، نظرية الضمان، ص212.

(108) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5، ص523، محمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو (885هـ/1480)، درر الحكام شرح غرر الأحكام، بيروت، دار إحياء الكتب العربية، ج 2، ص289.

(109) حيدر، درر الحكام، ج1، ص93.

(110) الزحيلي، نظرية الضمان، ص212.

(111) أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية ص 450 بتصرف يسير.

(112) إبراهيم عبد الحميد، شركة المضاربة (القراض)، الكويت، الطبعة التمهيدية للموسوعة الفقهية الكويتية، ص46-49.

(113) أحمد بن محمد الحموي (توفي سنة 1098هـ) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، بيروت، دار الكتب العلمية، ج 3، ص 249، البغدادي، مجمع الضمانات، ج1، ص384.

(114) عبد الستار أبو غدة، المبادئ الشرعية للطبيب والعلاج، ص40.

(115) محمد عقلة الإبراهيم، نظام الأسرة في الإسلام، عمان، مكتبة الرسالة الحديثة، 1989م، ط 2، ج1، ص 333 - 334، فتحي الدريني، الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب، ص695..

(116) محمد بن احمد بن أبي أحمد السمرقندي (توفي سنة 539هـ)، تحفة الفقهاء، بيروت، دار الكتب العلمية، 1405هـ، (ط1)، ج3، ص123.

(117) المبادئ القانوني لمحكمتي التمييز والعدل العليا، الأردن، رقم (194)، السنة 1983م، ج 5، ص994، نوع المبدأ حقوق، التسلسل (1).

(118) المصدر السابق، رقم (628)، السنة (1988)، ج6، ص1556، نوع المبدأ، حقوق، التسلسل(1).

(119) المصدر السابق، رقم (1177)، السنة 1996، ص3472، نوع المبدأ حقوق التسلسل (1).

(120) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2، ص1033، البورنو، الوجيز، ص362.

(121) المصدران السابقان، الصفحات نفسها.

(122) البورنو، المصدر السابق، الصفحة نفسها.

(123) أحمد، مسند الإمام أحمد بن حنبل، مصر مؤسسة قرطبة، ج4، ص161.

(124) البورنو، المصدر السابق، ص363.

(125) (بل وتنعدم) أضفتها على النص المقتبس، ووضعتها بين قوسين، لأنها زيادة مني على النص المنقول.

(126) مصطفى الزرقا، المدخل، ج2، ص1033.

(127) المبادئ القانونية لمحكمتي التمييز والعدل العليا الأردن، رقم (296)، السنة 1974م، ج 3، ص971 نوع المبدأ حقوق، التسلسل (1).

(128) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.